



IBM Nederland B.V.
Johan Huizingalaan 765
1066 VH AMSTERDAM

Ministerie van Defensie
t.a.v. directeur
Herculeslaan 1
3584 AB UTRECHT

Betreft: Vervolg 'Project Prometheus'

Amsterdam, 29 oktober 2019

Geachte heer

Op 15 oktober 2019 heeft u ons per e-mail verzocht aan te geven welke rechten Defensie heeft ten aanzien van het door Athena ontwikkelde technisch ontwerp van 22 juni 2018 voor de aanbesteding voor 'Project Prometheus' (TO).

Kort gezegd kan Athena bevestigen dat Defensie het gebruiksrecht heeft verkregen op één exemplaar van het TO, zoals blijkt uit de afspraken van begin 2019. Voor de volledigheid: dit gebruiksrecht zag dus enkel op het exemplaar van het TO zoals gedeeld met Defensie op datum 22 juni 2018, en zag niet op latere versies of aanpassingen ten aanzien van dit exemplaar. Dat aldus sprake is van een beperkt gebruiksrecht is begrijpelijk, in zoverre dat de gemaakte afspraken niet tot doel hadden exclusieve en onbeperkte rechten over te dragen, maar een titel te vinden voor betaling van een tegemoetkoming van gemaakte kosten, anticiperend op een definitieve (disproportioneel verlate) gunning.

Voor zover uw vraag tot doel heeft te verkennen of Athena bereid zou zijn dat gebruiksrecht verder op te rekken tot (naar wij begrijpen) het overdragen van het ongeclausuleerde gebruiksrecht van het volledige TO, merkt Athena op dat die bereidheid in deze fase nog niet bestaat. Of die bereidheid zou kunnen ontstaan is afhankelijk van vele factoren, zoals onder andere het verloop en de planning van de aanbesteding (plan A), de financiële vergoeding die aan zo'n onbeperkt gebruiksrecht zou worden gekoppeld en de gevolgen van een overdracht van het exclusieve en ongelimiteerde gebruiksrecht voor deelname van Athena aan toekomstige aanbestedingen (bijvoorbeeld in plannen B1 of B2).

Ik licht in dat verband de context tot op heden nog eens toe.

Aanbesteding en ontwikkeling TO

In juni 2016 is Defensie gestart met een aanbesteding voor een toekomstbestendige 'Grensverleggende IT' (GrIT). Als eerste stap in deze aanbesteding heeft Defensie in februari 2017 twee consortia geselecteerd, waaronder Athena, die – als onderdeel van de aanbesteding – hebben meegewerkt aan eerst de ontwikkeling van een functioneel ontwerp, en daarna twee technische ontwerpen.

In de maanden juni 2017 tot november 2017 heeft Athena met ruim 50 personen “full time” op locatie bij Defensie gewerkt aan de ontwikkeling van een eerste aanzet van het functioneel ontwerp. Na deze



eerste drie maanden heeft Athena flink opgeschaald (tot meer dan 150 personen) om het functionele ontwerp verder uit te werken tot een technisch ontwerp.

Na nog eens zeven maanden, destijds ruim 120.000 dialooguren, allerhande ontwikkelingsspanningen, diverse werkbezoeken op locatie en vele presentaties en demonstraties, heeft Athena uiteindelijk op 22 juni 2018 haar TO aan Defensie opgeleverd. Op 7 september 2018 heeft Defensie het TO van Athena onvoorwaardelijk goedgekeurd.

Overbruggingsvoorschot en verwerving exemplaar TO

Al snel bleek dat Athena de enige partij was die een geldig ontwerp had opgeleverd, zodat de aanbesteding alleen met Athena zou worden voortgezet. Athena is er tegen die achtergrond vanuit gegaan dat haar inspanningen op enig moment zouden worden beloond met een definitieve gunning.

In de daaropvolgende maanden hebben Defensie en Athena dan ook onderhandelingen gevoerd over onder meer de realisatie van het project conform het TO. Als resultaat van deze onderhandelingen heeft Athena op 21 december 2018 haar (concept)inschrijving inclusief prijzenblad ingediend.

In deze fase heeft Defensie te kennen gegeven dat zij, ondanks de goede progressie, nog niet tot definitieve gunning over kon gaan en dat zij meer tijd nodig had om de aanbesteding te doorlopen. Die vertraging was voor Athena zeer ingrijpend, met name in het licht van de zeer forse investeringen die zij tot op dat moment reeds had gedaan, de nog vereiste extra inspanning en de voortzetting van omzetterderving die zij ging lijden, doordat haar (stilzittende) personeel op verzoek van Defensie niet werd ingezet op andere projecten maar ter plaatse bleef ten behoeve van een 'vliegende start'.

Defensie heeft daarvoor oog gehad. Om die reden heeft Defensie besloten tot een overbruggingsvoorschot van € 12.000.000,00 excl. BTW, met daarbij de afspraak dat dit bedrag, evenals overige gemaakte kosten, zouden worden verrekend met de bij opdrachtverlening aan Athena te betalen prijs voor uitvoering van de opdracht. Als onderdeel van de gemaakte afspraken heeft Defensie op dat moment één exemplaar van het TO verkregen.

Deze afspraken zijn vastgelegd in de tussen partijen gesloten overeenkomst van 31 januari 2019. Uit de door de Staatssecretaris op 21 februari 2019 aan de Tweede Kamer gegeven toelichting op deze overeenkomst blijkt nog eens dat partijen vooral hebben beoogd een titel voor de betaalde tegemoetkoming te vinden, anticiperend op een definitieve gunning.

Wij onderstrepen nog maar eens dat Athena het aanbod van Defensie met name heeft aanvaard, omdat zij ervan was overtuigd (en tegen de feitelijke achtergronden ook overtuigd mocht zijn) dat tot een gunning zou worden gekomen. Die overtuiging heeft ook gemaakt dat Athena onverminderd bereid is gebleven om met grote inzet van mensen en middelen aan de aanbesteding te participeren, ondanks het feit dat maar een fractie van de gemaakte kosten alsmede de elders gederfde omzet werd vergoed.

Vervolg van de Aanbesteding en BIT-advies

Naar aanleiding van Athena's inschrijving van 21 december 2018, hebben Defensie en Athena in januari en februari 2019 samen zeventien kritische thema's geïdentificeerd. Ten aanzien van al deze thema's hebben Defensie en Athena in de daaropvolgende twee maanden overeenstemming bereikt danwel hebben zij daarvoor oplossingen gevonden. Deze afspraken zijn tussen partijen vastgelegd in nota's van inlichtingen – waarvan Defensie thans overigens, net als van Leidraad 4, het bestaan lijkt te ontkennen. Op basis van deze afspraken heeft Athena op 2 mei 2019, op uitdrukkelijk verzoek van Defensie haar finale bieding ingediend, een bieding die 'open for acceptance' moest zijn en dat ook was. Omdat op dat moment de aanbesteding al in een zo ver gevorderd stadium verkeerde, heeft Athena verwacht dat op korte termijn tot gunning zou worden overgegaan. Dat is helaas niet gebeurd.



Op 23 mei 2019 heeft het Bureau ICT Toetsing (BIT) een derde (kennelijk) conceptadvies uitgebracht over de door Defensie georganiseerde aanbesteding voor GrIT op basis van – zo is achteraf gebleken – onvolledige en achterhaalde informatie. In dit advies – dat dus niet geheel verrassend vrijwel volledig in lijn lag met de eerdere BIT-adviezen van 31 mei 2016 en 30 april 2018 – heeft het BIT zich kritisch uitgelaten over de risico's die in haar optiek (nog steeds) verbonden zijn aan de aanbesteding.

Athena heeft vervolgens op 5 juni 2019 – nog voor het BIT-advies formeel met haar was gedeeld – een brief verzonden aan Defensie, waarin zij Defensie onder meer heeft benadrukt gecommitteerd te zijn aan het project en de samenwerking met Defensie, en bereid te zijn mee te denken over aanpassingen van haar inschrijving van 2 mei 2019 indien en voor zover dat noodzakelijk zou zijn naar aanleiding van het BIT-advies. Ook heeft Athena erop gewezen dat verdere vertraging van de aanbesteding (opnieuw) tot oplopende investeringskosten aan haar zijde zal leiden, zodat zij graag afspraken maakt met Defensie ter waarborging van onder meer de continuïteit van het project.

Op die brief is door Defensie in feite niet (althans niet inhoudelijk) gereageerd.

Plan A en Plannen B

Bij brief van 2 augustus 2019 heeft Defensie aangegeven dat zij in het BIT-advies een 'waarschuwing' heeft gelezen, als gevolg waarvan Defensie een 'serieus heroverwegingsmoment' heeft ingebouwd in de aanbesteding.

Concreet betekent dit dat Defensie heeft besloten niet alleen te kijken naar verbeteringen van 'Plan A' (het voortzetten van de aanbesteding, eventueel na aanpassing daarvan), maar ook naar alternatieven: 'Plan B1' (verkaveling van de uitvoering van de opdracht op basis van het TO van Athena) en 'Plan B2' (volledig stopzetten van het project).

Uitsluitend over 'Plan A' zijn Athena en Defensie sindsdien wekelijks met elkaar in gesprek – hetgeen voor zover Athena steeds heeft begrepen ook nog altijd het uitgangspunt is voor het vervolg van de aanbesteding. Plannen B bereidt Defensie zelf voor, zonder Athena daarbij te betrekken.

In december 2019 beoogt Defensie een besluit te nemen over het vervolgscenario van Project Prometheus. Uit het feit dat de aanbesteding doorloopt en onlangs weer een nieuwe Leidraad 4a is gepubliceerd met als beoogde gunningsdatum 3^e/4^e kwartaal 2020, gaat Athena ervan uit dat Plan A nog altijd haalbaar en realistisch is.

Exclusief gebruiksrecht TO

Hoewel Defensie in haar brief van 2 augustus 2019 uitdrukkelijk heeft gezegd dat zij enkel in gesprek treedt met Athena om te komen tot "een verbeterd plan A", heeft Defensie Athena inmiddels meermaals verzocht te bevestigen dat Defensie beschikt over het exclusieve, ongelimiteerde gebruiksrecht van het TO ten behoeve van Plan B1. Die bevestiging zal Athena niet geven.

Het moge duidelijk zijn dat Athena vol inzet op het succesvol doorlopen van Plan A en het afronden van de aanbesteding.

Als Defensie uiteindelijk niet voor Plan A zou kiezen en dus van gunning zou afzien, zou Athena niet alleen een grote opdracht mislopen waarvoor zij nu als enige in de race is, maar zou zij in het licht van de grote investeringen die zijn gedaan, geen mogelijkheden meer hebben de aanzienlijk opgelopen schades te compenseren. Athena wil er om die reden vanuit gaan dat Plan A nog altijd het voorkeursscenario is.

Als dat anders is, dan moet Defensie daarover vanuit een oogpunt van redelijkheid en billijkheid, open kaart spelen.



Kennelijk overweegt Defensie in elk geval Plan B1, waarin een nieuwe aanbesteding op basis van bij voorkeur het door Athena opgestelde TO wordt georganiseerd. Randvoorwaardelijk voor dat Plan B1 is dat Defensie komt te beschikken over het ongeclausuleerde gebruiksrecht op het TO. In zoverre begrijpt Athena dat Defensie die eigendom tracht te verkrijgen. Defensie onderkent evenwel terecht dat zij dat ongeclausuleerde gebruiksrecht dat nodig is voor zo'n aanbesteding, nu niet heeft. Zou Defensie dat willen verkrijgen, dan is minst genomen noodzakelijk dat Athena volledig wordt gecompenseerd voor gemaakte kosten (en waarbij Athena zich alle overige rechten voorbehoudt). Het gaat hierbij om, bijvoorbeeld, aanspraken op volledige compensatie van cumulatieve investeringen, gederfde omzet, aanzienlijke opofferingskosten van gemiste orders en reputatieschade (totaal geschat op vele honderden miljoenen euro's). Daarnaast zal voor Athena vereist zijn dat duidelijke afspraken worden gemaakt over mogelijkheden voor Athena om aan een dergelijke nieuwe aanbesteding op basis van het TO dat Athena heeft gemaakt, mee te doen. Het is aan Defensie om te zorgen dat zo'n nieuwe aanbesteding een voldoende *level playing field* heeft. Het uitsluiten van Athena zou tegen de feitelijke achtergronden van de laatste jaren niet alleen onredelijk, maar ook onrechtmatig zijn.

Een scenario waarin Athena gedurende ongeveer drie jaar met bovenmatige inspanningen Defensie heeft gefaciliteerd en de fase heeft bereikt waarin zij een geldige en alleszins aanvaardbare bieding heeft gedaan, maar waarbij Defensie niettemin van gunning afziet maar ook gedane investeringen niet vergoedt, en het daartoe leidt dat Athena niet zou kunnen meedingen in een nieuwe aanbesteding, is voor Athena onaanvaardbaar.

Athena vertrouwt hiermee antwoord te hebben gegeven op het door Defensie gestelde verzoek.

Hoogachtend,

Global Technology Services
IBM Benelux